

【講義録】

広島大学法科大学院公開講義「公法実務基礎」

2017年度、広島大学法科大学院は、授業科目として特講「公法実務基礎」を開講した。本講義の目的は、公法に関する訴訟について実務的観点から学ぶことにある。同科目の担当者には、公法実務に関する著作などで全国的に著名な若手弁護士である大島義則氏と伊藤建氏を迎え、同年度前期、広島大学客員准教授に着任いただいている。

集中講義の形式である本講義の一部分については、2017年7月8日（土）、これを公開講義として実施した。公開講義当日は、通常の履修者に加えて、公法実務に関心のある様々な人々の参加があり、参加者は熱心に講義に耳を傾けていた。

以下の論稿は、その際に検討した実務的事例とその講義内容（の一部）を事後的に読みやすくまとめたものである。この公開講義では、両弁護士がお互いの講義に参加し、必要な部分について対話や議論を補うなどして共同担当で実施されている。もっとも、憲法訴訟に関する第1講義を主に伊藤弁護士が、行政事件訴訟に関する第2講義を主に大島弁護士が行っていることから、憲法訴訟に関するものは伊藤弁護士が、行政事件訴訟に関するものは大島弁護士が、それぞれまとめている。

読者におかれては、公開講義当日の息吹を感じていただくと同時に、法科大学院における公法実務の学修に本講義録を活かしていただけると幸いである。

憲法上の主張の攻撃防御方法

伊 藤 建

【事例】

- 1 2004 年, WHO (世界保健機関) は, 酒類が致酔性・依存性を有する飲料であり, 飲酒者自身の健康面に与える悪影響が大きく, 酩酊者の行動が交通事故や暴力などを含む傷害などにより周囲の者に迷惑を及ぼすことが多いことなどを内容とする報告をまとめた。その後, 2010 年 5 月, WHO 第 63 回総会は, 「アルコールの有害な使用を低減するための世界戦略」を全会一致で採択した。我が国においても, 2013 年 12 月にアルコール健康障害対策基本法が成立し, 2014 年 6 月に施行された。
- 2 こうした状況の中, 酒類提供や飲酒場所の制限を求める声が高まってきた。20 ** 年, 国会は, 飲酒に起因する危害の発生を防止し, 飲酒によって生じる種々の社会的費用 (医療費の増大による公的医療保険制度への影響等) を抑制することを目的として, 「酒類の提供に関する法律」 (以下「酒類提供法」という。) を制定した。

酒類提供法は, 飲食店で客に酒類を提供するには, 都道府県知事から酒類提供免許を取得することを要することとし, 酩酊者 (アルコールの影響により正常な行為ができないおそれのある状態にある者) に酒類を提供することを当該免許の取消事由として定めていた。また, 同法は, 道路, 公園, 駅その他の公共の場所において管理者の許可なく飲酒することを禁止し, これに違反した者は拘留又は過料に処する

とも定めていた。

- 3 飲食店を営むAは、酒類提供免許を取得していたが、均一料金の飲み放題メニューにより日常的に酩酊者に酒類を提供していたため、当該免許を取り消された。そのため、Aは、国を相手取って、本法は憲法違反であるとして、本件免許取得処分の取消訴訟（行政事件訴訟法3条2項）を提起することにした。

〔設問1〕

あなたがAの訴訟代理人である弁護士であったとして、取消訴訟において、どのような憲法上の主張を行うか。次の小問につき、A側の立場で回答しつつ、論ぜよ。

小問(1) 酒類提供法は、誰のどのような憲法上の権利を制約しているか。複数ある場合には、すべて指摘したうえで、いずれの権利が本件訴訟における憲法上の主張として最も適切かについても論ぜよ。

小問(2) 薬局開設距離制限事件大法廷判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）が採用した「厳格な合理性の基準」は、どのような事例に適用されると解すべきか。「重要な事実（material fact）」を指摘し、その射程を明らかにしながら論ぜよ。

小問(3) 本問ではいかなる判例のどのような判断枠組みを適用すべきか。具体的な事件名とその該当箇所を指摘せよ。

小問(4) 個別的・具体的検討において、本法を違憲とするためにどのような主張を行うべきか。

〔設問2〕

次の小問に回答しながら、想定される国側の反論を簡潔に述べた上で、あなた自身の見解を述べなさい。

小問(1) 薬事開設距離制限事件大法廷判決を読み、当該事件において、

被告(広島県知事)側が、制約される憲法上の権利について、どのように反論をしたと想定されるか。

小問(2) 本問において、国側は、制約される憲法上の権利について、どのような反論が可能か。また、それに対して、あなた自身はどのように考えるか。

小問(3) 小売市場開設距離制限事件大法廷判決(最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁)が採用した「明白の原則」は、どのような事例に適用されると解すべきか。「重要な事実(material fact)」を指摘し、その射程を明らかにしながら論ぜよ。

小問(4) 本問において、国側は、適用すべき判断枠組みについて、どのような反論が可能か。また、それに対して、あなた自身はどのように考えるか。

小問(5) 個別的・具体的検討において、国側はどのような反論が可能か。また、それに対して、あなた自身はどのように考えるか。

【解説】

1 出題のねらい

本問は、旧司法試験平成17年憲法第1問を事例問題に改作したうえで、憲法上の主張を問うものである⁽¹⁾。本稿では、次の3点を踏まえて、憲法上の主張の攻撃防御方法の試論を提示する。

(1) 当事者の視点から主張する

弁護士は、「事件を受任するに当たり、依頼者から得た情報に基づき、事件の見通し」につき「適切な説明をしなければならない」から(弁護士職務基

(1) 本稿は、平成29年7月8日に実施された広島大学法科大学院が開講した「公法実務基礎」の公開講義の内容に修正を加えたうえで執筆したものである。

本規程 29 条 1 項), 中立的な立場から裁判所の判断を予測することも重要ではある。

しかし, 同時に, 「弁護士は, 良心に従い, 依頼者の権利及び正当な利益を実現するように努める」ことが求められるため(同 21 条), 受任をした事件においては, 依頼者にとって最大限有利な主張をしなければならない。

そのため, 設問 1 では A の訴訟代理人弁護士の立場からの立論を求めるとともに, 設問 2 では国側の立場からの反論のポイントと回答者自身の見解を問うことで, 事案に対する複眼的な思考を養うことのできる問題とした。

(2) 項目を意識した起案をする

設問中には, 争点となると想定されるポイントを示唆するために, 小問を設定した。

裁判実務においては, 当事者間の言い分を争点として効率的に整理するため, 訴訟当事者の主張書面がある程度規格化されている。たとえば, 民事訴訟における訴状では, 要件事実論に従って「請求の趣旨」, 「請求の原因」, 「請求を理由づける事実」を記載したうえで, これと「当該主張に関連する事実についての主張」とを区別することが求められている(民事訴訟規則 53 条 1 項, 2 項)⁽²⁾。

ところが, 公法訴訟, とりわけ憲法上の主張については, このような規格化が進んでいるとは言い難い。その背景には, 憲法上の主張は法律上の主張であるから, その判断は裁判所に委ねられているため, 当事者は自由に主張してよい, という理解があるのかもしれない。

もっとも, 近年は, 三段階審査論をはじめとする違憲審査における論証作法に関する研究がなされており, 最高裁も, 憲法上の主張を一定の手順に従っ

(2) なお, 司法研修所の検察修習では, 構成要件論に従った司法研修所検察教官室「検察 終局処分起案の考え方」に基づく起案訓練がなされているようである。

で判断しているように見受けられる。すなわち、まず、事件性の要件⁽³⁾、司法判断適合性⁽⁴⁾、主張適格⁽⁵⁾などの形式的要件を満たしているかが問題となり、これを満たしている場合には、①：憲法条項との抵触の有無を審査し⁽⁶⁾、憲法条項と抵触している場合には、原則として、②-i：判断枠組みを定立したうえで、②-ii：個別的・具体的な違憲審査(正当化論証)を行うという順序で審理をする傾向にある⁽⁷⁾。そのため、当事者の主張書面においては、これらの項目を明確に区別した攻撃防御をすることが求められるであろう。

(3) 先例を意識した論述をする

小問の中では、英米法の概念ではあるが、試論として、先例の「重要な事

(3) 警察予備隊違憲訴訟大法廷判決(最大判昭和27年10月8日民集6巻9号783頁)は、事件性の要件を満たしていないことを理由に、不適法として却下した。

(4) 司法判断適合性が否定された事例として、苫米地事件大法廷判決(最大判昭和35年6月8日民集14巻7号1206頁)、地方議会議員懲罰事件大法廷判決(最大判昭和35年10月19日民集14巻12号2633頁)、警察法改正無効事件大法廷判決(最大判昭和37年3月7日民集16巻3号445頁)、富山大学単位不認定事件判決(最3小判昭和52年3月15日民集31巻2号280頁)、「板まんだら」事件判決(最3小判昭和56年4月7日民集35巻3号443頁)、日蓮正宗事件判決(最3小判平成5年9月7日民集47巻7号4667頁)などがある。なお、司法判断適合性は否定されなかったものの、審理範囲が限定されたものとして、砂川事件大法廷判決(最大判昭和34年12月16日刑集13巻13号3225頁)、共産党袴田事件判決(最3小判昭和63年12月20日判時1307号113頁)などがある。

(5) かつて、最大判昭和35年10月19日刑集14巻12号1574頁は、第三者所有物件を没収することは憲法31条違反であると被告人が主張することは許されないと判断したが、最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1593頁が被告人に主張適格を認める判例変更をした。なお、法律上の争訟ではない民衆訴訟に関するものではあるが、比例代表選挙の無効を求める訴訟において小選挙区選挙の仕組みの憲法適合性を問題とすることはできないとした最大判平成11年11月10日民集53巻8号1577頁、公職選挙法204条の選挙無効訴訟において選挙人らが他者の選挙権の制限に係る当該規定の違憲を主張し得るものとはいえないとした最大判平成26年7月9日集民247号39頁などもある。

実(material fact)」を問うこととした。

裁判所の立場からすると、判例違反の判決は上告理由となるため(民事訴訟法318条1項、刑事訴訟法405条2号)、「ある判決でとられた法の準則は、将来同種事件において、原則として従われるべきものとする法理⁽⁸⁾」(先例拘束性の原理・doctrine of precedent)を無視できないはずである。そのため、とりわけ判断枠組みの定立につき、当事者は、「適用法条または重要な事実が既存の判例と全く同じではないがしかもそれに類似している事案に、その判断を『準用』する⁽⁹⁾」という「判例の類推」ができるか、それとも判例の射程と「区別(distinguish)」できるかをめぐって攻撃防御を繰り返されることが想定される⁽¹⁰⁾。

(6) 最高裁は、憲法条項との抵触が認められない場合、それ以降は主観的権利に関する正当化論証をしない傾向にあるが、客観原則違反について審査をすることもある。たとえば、夫婦同氏制事件大法廷判決(最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁)は、憲法13条違反については婚姻の際に氏の変更を強制されない自由は憲法上の権利として保障されないこと、憲法14条違反については法的な差別的取扱いではないことから、それぞれにつき憲法条項との抵触を否定した後、直ちに、民法750条が憲法13条及び14条に違反するものではないとの結論を導いているが、憲法24条違反の審査の中で、客観原則としての憲法13条ないし憲法14条の趣旨を考慮事項としている。また、君が代ピアノ伴奏拒否事件判決(最3小判平成19年2月27日民集61巻1号291頁)も、憲法条項との抵触を否定しつつも、正当化論証を行っているが、判断枠組みを定立していないことから、これを客観原則に基づく審査と位置付けることもできる。

(7) ただし、②-i:判断枠組みを明確に定立せず、②-ii:個別的・具体的な違憲審査を行う場合もある。また、憲法21条2項の検閲の禁止のように、絶対的禁止規範の場合は、①憲法条項との抵触が認められれば、直ちに違憲となる。

(8) 田中英夫編『BASIC 英米法辞典』(東京大学出版会、1993年)59頁。

(9) 中野次雄編『判例とその読み方〔三訂版〕』(有斐閣、2009年)68頁[中野次雄執筆部分]。

(10) 宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開〔第2版〕』(日本評論社、2014年)317～326頁参照。

2 設問 1

(1) 小問(1)―問題となる憲法条項

憲法上の主張を組み立てるためには、問題となる憲法条項を具体的に特定しなければならない。具体的でない主張は、適法な上告理由として扱われないため、注意が必要である⁽¹¹⁾。

本問で問題となっている酒類提供法が、いかなる憲法上の権利を制約しているのかを検討すると、まず、飲食店で客に酒類を提供するには、都道府県知事から酒類提供免許を取得することを要するとの定めは、①飲食店の職業の自由(憲法 22 条 1 項)の制約が問題となりそうである。また、酩酊者に酒類を提供することを当該免許の取消事由として定めていることは、①飲食店の職業の自由のみならず、②消費者の飲酒の自由に対する制約も問題となり得る。さらに、道路、公園、駅その他の公共の場所において管理者の許可なく飲酒することを禁止し、これに違反した者は拘留又は過料に処するとの定めも、②消費者の飲酒の自由に対する制約が問題となり得る。

そうすると、理論上は、憲法上の主張として、①飲食店の職業の自由を侵害するという憲法 22 条 1 項違反の主張と、②消費者の飲酒の自由を侵害するという憲法 13 条違反の主張をすることが可能のように思える。

しかし、設問 1 で検討が求められているのは、あくまでも「A の訴訟代理人」の立場から、酒類提供免許取消処分に対する「取消訴訟」において行うべき憲法上の主張であるから、公共の場所における飲酒の禁止を問題とするべきではない⁽¹²⁾。また、酩酊者に対する酒類提供の禁止は、②消費者の飲酒の自

(11) たとえば、最大判昭和 28 年 11 月 11 日刑集 7 巻 11 号 2758 頁は、「如何なる条項が、如何なる理由によつて、憲法の如何なる条項に違反するか」につき具体的に特定していない主張は、違憲の主張として適法なものとは認められないと判断している。また、最 2 小決昭和 32 年 4 月 15 日集刑 118 号 863 頁は、憲法 97 条違反の主張をしたとしても、「単に基本的人権を侵害するというだけで具体的に如何なる基本的人権が侵害せられるかを指摘していないのであるから、適法な上告理由とならない」と判断している。

由を制約するものではあるが、あくまでもAは飲食店を営む者であるから、主張適格が認められないおそれもある。

したがって、本問において、Aは、①飲食店の職業の自由を中心に憲法上の主張を展開するべきである。

(2) 小問2—職業の自由の判断枠組み

本問では、酒類提供法による酒類提供免許制と酩酊者に対する酒類提供の禁止が職業の自由(憲法22条1項)を何らかの形で制約するものといえるから、中心的な争点として問題となるのは、いかなる判断枠組みを適用するべきかである。そこで、職業の自由をめぐる先例の射程を整理する必要がある。

職業の自由に関するリーディングケースは、薬局開設距離制限事件大法廷判決(最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁)である。同判決は、職業の自由に対する規制措置が憲法22条1項に違反するかは、「具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによつて制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定されなければならない」という利益衡量基準を上位の判断枠組みとして定立したうえで⁽¹²⁾、これを事案類型に応じて具体化した2つの下位の

(12) 行政事件訴訟法10条1項参照。なお、公共の場所における飲酒の禁止が憲法13条違反であり、当該条項が飲食店における酩酊者に対する酒類提供の禁止と不可分であるとの主張をすることで、理論的には憲法13条違反の主張をすることは不可能ではないが、可分であると判断される可能性が高いであろう。

(13) 最高裁大法廷は、憲法上の権利に対する制約が認められた場合には、上位の判断枠組みとして利益衡量基準を採用する傾向にあるが、事案類型に応じて別の判断枠組みが適用されたり、下位の判断枠組みを定立したりする傾向にある。たとえば、憲法21条1項については、「よど号」新聞記事抹消事件大法廷判決(最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁)や成田新法事件大法廷判決(最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁)が上位の判断枠組みに関する先例となっているが、わいせつ表現についてはチャタレー事件大法廷判決(最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁)による判断枠組みが先例となっている。

判断枠組みを定立している。

1つは、「一般に④許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、⑤狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要(する)」という説示である。この判断枠組みは、「重要な公共の利益のため」といえるかを審査する点で、判断枠組みを示さずに「公共の福祉のために必要かつ合理的」と述べるだけの「単純な公共の福祉論」よりも厳しい判断枠組みであるといえる(④及び⑤は筆者による。)。あえて分類するとすれば、立法目的が「重要」であることと、目的と手段との間の実質的関連性を求める講学上の実質的関連の基準に相当するものであろう。

もう1つは、先の説示に引き続く、「また、それが⑥社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によつては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要する」という説示である(⑥は筆者による。)。この判断枠組みは、一般に「厳格な合理性の基準」と呼ばれているものである。

これら説示を素直に読めば、⑤「狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課する」場合という重要な事実を満たすならば、原則として、「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要する」という判断枠組みが適用され、⑤に加えて⑥「消極的、警察的措置」の場合という重要な事実を満たす場合に、はじめて、厳格な合理性の基準が適用されると解釈することができよう。

なお、④が重要な事実といえるかは、歯科技工士事件大法廷判決(最大判昭和34年7月8日刑集13巻7号1132頁)や司法書士法事件判決(最3小判平成12年2月8日刑集54巻2号1頁)が、⑥消極目的規制であるにもかか

ならず、厳格な合理性の基準を適用せず、単純な公共の福祉論による緩やかな違憲審査をしていることをいかに評価するかによる。司法書士法事件判決の担当調査官は、厳格な合理性の基準を適用しない理由として資格制であることを挙げているため⁽¹⁴⁾、厳格な合理性の基準を適用するためには、㊸も重要な事実であると考えている可能性がある。しかし、これらの2つの判決は、いずれも資格の取得要件が問題となったものではなく、無許可で一定の行為を業として行うことを禁止することが問題となった事案であるから、職業遂行の自由に対する制約にすぎないというべきである⁽¹⁵⁾。そのため、これらの2つの判決が厳格な合理性の基準を適用しなかったのは、そもそも重要な事実㊸を満たしていないからである。したがって、㊸が重要な事実であるかは、現時点では明らかではない。

(3) 小問3—A側が主張すべき判断枠組み

このような職業の自由の判断枠組みの傾向からすると、A側としては、㊸職業選択の自由そのものに対する制約であると主張することを主張して「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要(する)」という判断枠組みの適用を求めるたうで、㊹消極目的規制であるとも主張することで、厳格な合理性の基準の適用を求めることになる。

まず、㊸について検討すると、本法により制約されるのは、酩酊者に対する酒類提供の自由であるから、形式的には職業遂行の自由に対する制約にすぎないため、㊸職業選択の自由に対する制約とはいえない。しかし、薬局開設距離制限事件大法廷判決は、形式的には薬局の開設場所に対する制約に過ぎない距離制限規定について、「特定場所における開業の不能は開業そのもの

(14) 福崎伸一郎「判解」最判解刑事篇平成12年度(法曹会, 2003年)1頁以下, 8頁参照。

(15) 渡辺康行=宍戸常寿=松本和彦=工藤達朗『憲法I—基本権』(日本評論社, 2016年)327頁[宍戸常寿執筆部分]参照。

の断念にもつながりうるものである」として、制約の効果を実質的に検討することで職業選択の自由に対する制約を認定している。

そのため、A側としては、飲み放題メニューなどを事業の柱としてきたAのような飲食店にとって、酩酊者に対する酒類提供が禁止され、違反者の酒類提供免許が取り消されるとすれば、単なる飲食店を営むことができたとしても、居酒屋という職業を選択することができなくなると主張することになるだろう。

次に、㉔について検討すると、酩酊者に対する酒類提供禁止の目的は、㉔飲酒に起因する危害の発生を防止することと、㉔飲酒によって生じる種々の社会的費用を抑制することの2つにある。前者は消極目的、後者は広義の積極目的にあたるため、直ちに㉔消極目的規制であるとはいえない。しかし、薬局開設距離制限事件大法廷判決も、㉔不良医薬品の供給の危険が生じるのを防止することという消極目的と、㉔無薬局地域又は過少薬局地域への薬局の開設等を間接的に促進することという広義の積極目的の2つがあったにもかかわらず、「薬事法の性格及びその規定全体との関係」から、「前者がその主たる目的をなし、後者は副次的、補充的目的であるにとどまる」として、2つの目的の主従関係を分析することで、主たる目的に基づき消極目的規制であると判定していた。

そのため、A側としては、本法のきっかけがWHOによる2004年報告や2010年採択であることや、WHO憲章第1条が「すべての人民が可能な最高の健康水準に到達すること」を目的としていること、酩酊者に対する酒類提供禁止から達成さるのは健康被害の抑止であり、社会保障費用の抑制は副次的なものにすぎないこと等から、主たる目的は㉔の消極目的であると主張することになるだろう。

これにより、本問の事案は、重要な事実㉔及び㉔のいずれをも満たすものとして、厳格な合理性の基準が適用されると主張することができる。

(4) 小問(4)―個別的・具体的な違憲主張

ア 目的審査

目的審査では、主として得られる利益の価値を測定することになる。厳格な合理性の基準により違憲を主張するためには、国会審議や政府資料で示されている目的それ自体を否定するか、それができないとしても、国側が主張する得られる利益が「重要な公共の利益」とはいえないとして、正当化できる目的を限定することになる⁽¹⁶⁾。それ以外にも、立法に至る経緯等の間接事実から、特定の事業者の利益保護などの隠れた目的(立法の動機)を認定し、それが「重要な公共の利益」ではないといった主張をすることもあろう⁽¹⁷⁾。

本問では、A側としては、目的㉗の「飲酒に起因する危害」が際限なく広がらないように、人の生命、身体を保護するという限度では重要であることは否定できないが、周囲の者に対する単なる迷惑を及ぼすことを防止することは重要とはいえないと主張することが考えられる。目的㉘については、財政難の我が国において重要性を否定することは困難かもしれないが、職業選

(16) 小山剛『「憲法上の権利」の作法〔第3版〕』(尚学社、2016年)65～69頁参照。

(17) 薬局開設距離制限事件の上告審における上告理由でも、「薬店相互間の自由競争下・良い店舗・良い薬剤師の所に消費者が集中しその設備も向上するが逆に距離制限の薬店設置はその独占的地位にあぐらをかき国民の保健衛生等を等閑にふしがちとなる。憲法22条が薬店経営を右判決理由でそれを統制し保護する立法政策を公共の福祉として承認してゐることを明確に論証したとは断じて言へない」として、既存薬局の保護にあるという隠れた目的を主張している(民集29巻4号589～590頁)。裁判所は、立法過程に現れていない立法の動機を認定することは法解釈の域を出ており、立法権を侵害するおそれがあるとの立場もある(戸松孝典『憲法訴訟〔第2版〕』(有斐閣、2008年)223～224頁参照)が、あえて「政府が主張する目的」を前提に目的手段審査をすることで、政府の主張に矛盾がないかを審査することで、違憲な目的を炙り出す手法(長谷部恭男『比較不能な価値の迷路―リベラル・デモクラシーの憲法理論』(東京大学出版会、2000年)99～112頁、阪口正二郎「憲法上の権利と利益衡量―「シールド」としての権利と「切り札」としての権利」―橋法学9巻3号31～57頁参照)を促すためにも、立法の動機を主張しておくべきである。

択の自由そのものに対する制約を正当化することができるほどの重要性はないと主張しておくことも考えられよう。

イ 手段審査

厳格な合理性の基準における手段審査の具体的内容は、飲食店における酩酊者に対する酒類提供の禁止により、目的⑦ないし④を達成することにつき確実な資料ないし根拠があること（実質的な手段適合性）、より制限的でない手段では目的が十分に達成できないこと（手段必要性）を満たしたうえで、必要かつ合理的といえること（手段相当性）の3要件を満たさなければ違憲となる、というように整理をすることができる⁽¹⁸⁾。

本問では、酩酊者か否かは客観的に判別し難いことや、顧客が酩酊者に対して回し飲みなどにより酒類提供をすることまでは防止できないこと、自宅や会社などにおける飲酒は禁止されていないことから、そもそも本法によって酩酊者による飲酒を十分に防止することができるとはいえないとの主張が考えられる（手段適合性なし）。また、目的④との関係では、酒税の増税や保険医療制度における負担割合の増加など、職業の自由に対するより制限的でない手段によって目的を十分に達成することができるとの主張もあり得る（手段必要性なし）。さらに、酩酊者の判別が困難であることは、かえって酩酊者でない者に対しても酒類提供を差し控えさせることになり、過剰な制限となる可能性も否定できない。これにより、飲食店における酒類の流通量が減少し、酒類価格が上昇することで、消費者にとっても不利益となり、経済的弱者の飲酒の自由が奪われるおそれすらあるとも言い得る（手段相当性なし）。

ウ 結論

したがって、酩酊者に対する酒類提供の禁止は、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置とはいえず、憲法22条1項に違反するというべきである。

(18) 小山・前掲註16) 77頁参照。

3 設問2

(1) 小問(1)—薬局開設距離制限事件大法廷判決を読む

設問2では、国側の反論を想定することが求められているが、過去の判例において、どのような点が争点となっているのかを調査するべきであろう。この際、判例集に掲載されている上告理由と答弁書⁽¹⁹⁾を調査する方法もあるが、判決文からも争点をうかがい知ることでもある。

たとえば、薬局開設距離制限事件判決では、憲法上の権利に対する制約について「薬局の開設等の許可における適正配置規制は、設置場所の制限にとどまり、開業そのものが許されないこととなるものではない」と述べた上で、前述のとおり、実質的には職業選択の自由に対する大きな制約的効果を有すると判断している。ここから、被告（広島県知事）側が、制約されるのは職業遂行の自由にすぎないと反論したことが伺える⁽²⁰⁾。

この攻撃防御方法は、②－ii：個別的・具体的検討の部分で登場したものであるが、②－i：判断枠組みの定立の部分で、制約されている憲法上の権利が職業選択の自由そのものといえるか、職業遂行の自由にすぎないのかという争点においても参考になる。

(19) ただし、民事訴訟の上告審においては、口頭弁論を経ないで審理及び裁判をする場合は、被上告人に上告理由書の副本は送達されず（民事訴訟規則198条）、答弁書の提出もなされない（同201条参照）のが通常である（武藤貴明「最高裁判所における民事上告審の手続について」判タ1399号50頁以下、63頁註127）参照）。

(20) ただし、実際の答弁書では、このように明確な反論をしていたわけではない。すなわち、違憲と主張している上告理由が「本件の如く都市の薬店に於ては立地条件が営業の基礎で商店街内を要するが公衆浴場は裏町でもよいが薬店の距離制限は営業の死活を制する」として、公衆浴場事件判決と「区別」できると主張したのに対し、合憲とする被上告人の答弁書が、「公衆浴場は商店街のみならず住宅地にも設置されるという差異があるにしても、配置規制が新規開設者の営業の自由を制限することにおいては両者の間に何ら差異がなく、薬局等の配置規制は、公衆浴場のそれよりも、営業の自由に対する制限の程度がより強いということとはできない」と反論したにすぎない（民集29巻4号589頁、617頁参照）。

(2) 小問(2)―制約される憲法上の権利に関する争点

本問における国側の反論を想定すると、本法は職業の自由を制約していないとして、①：憲法条項との抵触の有無を争点とすることも実務上はあり得るが、それよりも、②-i：判断枠組みについて、薬局開設距離制限事件大法廷判決の射程が及ぶかが主たる争点となろう。

国側としては、同判決の射程が及ばない理由として、本問は重要な事実⑧を満たさないとの反論が最も有力であろう。なぜなら、本法による酩酊者に対する酒類提供の禁止は、単に酒類提供の方法を禁止するものにすぎず、開業や営業継続の断念につながるとはいえないため、職業遂行の自由に対する制約に過ぎないといえるからである。

この争点につき検討すると、たしかに、Aのような飲食店が酩酊者に対して酒類を提供できなくなるが、そのことは競争相手である他の飲食店も同様である。また、酩酊者に対する酒類の提供を禁止しているにすぎず、許可要件が問題となっているわけでも、飲み放題メニューの提供それ自体が禁止されているわけでもない。そうすると、薬局開設距離制限を許可要件とすることや医薬品の郵便販売等の禁止とは異なり、実質的な職業選択の自由そのものに対する制約とは言い難い。むしろ、歯科技工士事件大法廷判決や司法書士法事件判決に近いといえ、職業遂行の自由に対する制約というべきである。

したがって、本問は、重要な事実⑧を満たさないから、薬局開設距離制限事件大法廷判決の2つの判断枠組みの射程は、いずれも及ばない。

(3) 小問(3)―小売市場開設距離制限事件大法廷判決の射程

国側としては、薬局開設距離制限事件大法廷判決の射程と区別するだけでなく、更に自己に有利な判断枠組みを適用している判例の射程の類推を主張するべきであろう。

この要請に適う先例は、「立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限り、これを違憲と（でき

る)」にすぎないという極めて緩やかな「明白の原則」を適用した小売市場事件大法廷判決(最大判昭和47年11月22日刑集25巻9号586頁)である。この判決を素直に読めば、⑩「積極的に、国民経済の健全な発達と国民生活の安定を期し、もつて社会全体の均衡のとれた調和的發展を図るため」の広義の積極目的規制の場合という重要な事実を満たせば、たとえ④と⑥を満たす場合であっても明白の原則を適用することができるため、国側にとっては極めて有利となる⁽²¹⁾。

もっとも、「明白の原則」の射程は、⑧職業選択の自由に対する制約の場合には、⑩よりも狭く、⑩'社会経済的弱者の保護のための狭義の積極目的の場合に限定されると解する余地もある。なぜなら、狭義の積極目的に明白の原則が適用されるのは、憲法25条や憲法27条に基づく要請として合憲性の推定が強く及ぶためであり、広義の積極目的の場合には、この法理が妥当しないからである。

実際に、⑧職業選択の自由に対する制約である製造たばこ小売販売距離制限事件判決(最2小判平成5年6月25日判タ831号76頁)は、小売市場開設距離制限事件大法廷判決を引用しているが、社会経済的弱者救済という⑩'狭義の積極目的規制の事案であった。また、⑧'職業遂行の自由に対する制約かつ⑩'狭義の積極目的規制の事案である農業災害補償法事件判決(最3小判平成17年4月26日判タ1182号152頁)も、小売市場開設距離制限事件大法廷を引用していた。

しかし、保険医療機関指定拒否処分事件判決(最1小判平成17年9月8日判時1200号132頁)や京都府風俗案内所条例事件判決(最1小判平成28年12月15日判タ1435号86頁)は、⑧'職業遂行の自由に対する⑩広義の積極

(21) 薬局開設距離制限事件の上告審における答弁書でも、制約されている権利を「職業遂行の自由」ではなく「営業の自由」とあるとの前提にたつて、小売市場開設距離制限事件大法廷判決の判断枠組みが、営業の自由すべてに適用できるとの反論をしている(民集29巻4号595～596頁参照)。

目的規制であるにもかかわらず、小売市場開設距離制限事件大法廷判決を引用していた。

したがって、㊸かつ㊹の場合は明らかではないが、㊸かつ㊹'、㊹' かつ㊹、㊹' かつ㊹' の場合には、明白の原則が適用されることが予想される。

(4) 小問(4)—明白の原則の適用に関する争点

これを前提に国側の反論を想定すると、本法は、㊹' 職業選択の自由に対する制約に過ぎないところ、㊸消極目的である目的㊸と㊹広義の積極目的である目的㊹のいずれもが立法目的であるから、保険医療機関指定拒否処分事件判決や京都府風俗案内所条例事件判決のように立法裁量を尊重すべきであるとして、「明白の原則」を適用すべきであると反論することになる。

この争点につき検討すると、明白の原則は、法令の合憲性審査を排除するものであるとの批判もあり得る。そのため、正面から明白の原則を否定して判例変更をすることも考えられるが、保険医療機関指定拒否処分事件判決や京都府風俗案内所条例事件判決と「区別」する手法を検討するべきであろう⁽²²⁾。たとえば、これらの2つの判決は、いずれも㊹広義の積極目的のみの事案であり、本問のように㊸消極目的と広義の積極目的の双方を有する場合には妥当しないという判断である。

このような先例が「不在」の領域においては、先例と異なる判断をすることが可能となるが、これまでの先例との整合性がとれるようにするべきであろう。そうすると、㊹' 職業遂行の自由に対する制約であるから、㊹職業選択の自由に対する制約よりも緩やかな判断枠組みとなることは避けられない。具体的には、合理性の基準が適用されることになる。

(5) 小問(5)—個別的・具体的な違憲主張に関する争点

(22) 宍戸・前掲注(10) 324～325頁参照。

個別的・具体的な違憲主張に対する国側の反論は、そもそもA側とは適用を求めている判断枠組みが異なる。そのため、答弁書の構成としては、まず自己が主張する判断枠組みに従った反論をすることになるが、万が一、異なる判断枠組みが適用された場合に備えて、十分に立法の合理性も論述しておくべきである⁽²³⁾。たとえば、そもそも本法は、致酔水性・依存性を有する酒類の提供を、健康被害が懸念される酩酊者に対してのみ禁止しているにすぎないから、規制することに合理性があるとの反論があり得る。

この争点につき検討すると、実際に、酒類販売免許制平成4年10号事件判決(最3小判平成4年12月15日民集46巻9号2829頁)は、合理性を支える理由の1つとして、「酒類の販売業免許制度によって規制されるのが、そもそも、致酔性を有する嗜好品である性質上、販売秩序維持等の観点からその販売について何らかの規制が行われてもやむを得ないと考えられる商品である酒類の販売の自由にとどまること」を挙げていた。しかも、飲食店における酩酊者に対する酒類提供が禁止されたとしても、酩酊者以外には提供することができるのであるから、職業遂行の自由に対する制約は限定的であるといえる。

これに対し、A側は、酩酊者か否かは判定しがたいと主張するが、飲食店においてもある程度は酩酊者を判断することは可能である。また、回し飲みや自宅または会社などでの酩酊者の飲酒を禁止していないとしても、一定程度の効果は得られるといえる。万が一、本法により酒類の販売価格が上昇したとしても、それは立法政策上の問題にすぎないというべきである。

したがって、本法は、必要かつ合理的なものとして、憲法22条1項に違反するとはいえない。

(23) 薬局開設距離制限事件の上告審における答弁書も、「一 上告理由の要旨」(民集29巻4号594～594頁)に次いで、「二 営業の自由に対する制限の合憲性判断の基準」として明白の原則の適用を主張したうえで(同595～597頁)、「三 薬局等の配置規制の合理性」として、詳細に合理性を主張している(同597～617頁)。

4 おわりに

充実した憲法判断を求めるためには、ある程度、憲法上の主張が規格化をすることは避けられない。問題視すべきは、規格化したことに甘んじて観念的・抽象的な主張しかしない姿勢であり、規格化をすることそれ自体ではない。今後も、裁判実務にとって受け入れられる憲法上の主張の攻撃防御方法を模索したい。

なお、本講義終了後、本講義の共同担当をした大島義則弁護士とともに、薬局開設距離制限事件の現場となった広島県福山市の物件を調査訪問した。裁判記録の当時から地名地番が変更されていたが、福山元町通商店街振興組合の理事長である児島書店の店主に案内していただいた。ここに感謝して記す。

〔講義2（行政事件訴訟）〕

改正個人情報保護法下における 匿名加工情報に係る法執行

大 島 義 則

【事例】

平成27年9月、個人情報の保護に関する法律（以下「個人情報保護法」又は「法」という。）は、パーソナルデータ利活用のニーズの高まり等を受けて、施行後約10年ぶりに大幅改正された。この改正法は、平成29年5月30日に完全施行された。

自動車会社であるX社は、改正法により導入された匿名加工情報の制度枠組みを用いてビッグデータビジネスを計画した。具体的には、販売した自動車の利用者から収集した移動履歴情報（利用者の氏名、性別、生年月日等の利用者の属性、位置情報、車種、車両識別ナンバー等）について匿名加工措置を施した上で、その匿名加工情報を小売店に提供し、小売店はその匿名加工情報を利用して店舗の出店計画や商品ラインナップの検討に活用できるようにする、というものである。

このビジネスモデルに基づき、X社は移動履歴情報について匿名加工措置を施した上で、その匿名加工措置の施された情報（以下「本件情報」という。）を、全国でレストランチェーンを展開するY社に対して提供した。Y社はX社から受領した情報を本部において保存・管理・利用していたが、Y社本部のネットワークシステムがハッカー集団にハッキングされ、本件情報がインターネット上に公開されてしまった。Y社本部のネットワークシステムと外部ネットワークとの間にファイアーウォール

は敷かれていなかった。その後、インターネット上の一般ユーザーが、公開されている SNS 等の情報との照合を行ってデータ主体の特定作業を行ったところ、本件情報の元データである個人情報のデータ主体のうち約 5 % について個人名が特定されてしまった。

〔設問 1〕

X 社及び Y 社は、個人情報保護法に違反している可能性があるか。

〔設問 2〕

あなたは個人名を特定された被害者の A から依頼を受けた弁護士である。A は X 社及び Y 社が個人情報保護法に違反していると考えており、個人情報保護委員会に何らかの行政措置を行ってもらいたいと考えている。行政手続法又は行政事件訴訟法に基づき採りうる措置について説明せよ。

〔設問 3〕

設問 2 の手続を契機として、個人情報保護委員会は X 社に対して、どのような行政調査を実施することができるか。また、あなたが X 社から依頼を受けた弁護士であるとした場合、行政調査中にどのような弁護活動（訴訟提起も含む）を行うべきか。

〔設問 4〕

個人情報保護委員会は、行政調査の結果を踏まえて、X 社に対して本件情報の第三者提供を停止することなどを内容とする勧告（法 42 条 1 項）を行った。あなたが X 社から依頼を受けた弁護士であるとした場合、どのような弁護活動（訴訟提起も含む）を行うべきか。

【解題】

I 問題の所在：匿名加工情報制度と行政手続法・行政事件訴訟法

本事例は、平成27年改正により個人情報保護法に新たに導入された匿名加工情報制度をめぐる行政紛争事例を想定した上で、行政手続法及び行政事件訴訟法に基づく法務対応について問うものである⁽¹⁾。本事例のビジネススキームは、個人情報保護委員会事務局「個人情報保護委員会事務局レポート：匿名加工情報 パーソナルデータの利活用促進と消費者の信頼性確保の両立に向けて」（2017年2月。以下「事務局レポート」という。）記載の「7.2.2 移動履歴の事例」を参考にしている。本事例では、同レポートの想定している（適法な）匿名加工の程度とは異なり、一般人がネット情報の情報と照合するだけで簡単に個人を特定できる程度の匿名加工しか施されていなかった場合を念頭に置いている⁽²⁾。

II 匿名加工情報をめぐる法的規律

1 定義と規律

「匿名加工情報」とは、個人情報の区分に応じて定められた措置を講じて、「特定の個人を識別することができないように個人情報を加工して得られる個人に関する情報であつて、当該個人情報を復元することができないようにしたもの」と定義されている（法2条9項）。

ここで「特定の個人を識別することができない」という要件（非識別

(1) 本稿は、平成29年7月8日に実施された広島大学法科大学院が開講する「公法実務基礎」の公開講義の内容に、適宜修正を加えた上で執筆したものである。

(2) もっとも、どこまで匿名化すれば適法な匿名加工となるかについて現行法では必ずしも明らかではない。アメリカでは、America Online (AOL) が自社サイト利用者に関する約65万人分の検索クエリデータを匿名化してダウンロードできるようにしたところ、電子フロンティア財団が連邦取引委員会（FTC）に対し調査を要請する事態となった事件が有名である（AOL事件）。

性要件)は、「あらゆる手法によって特定することができないよう技術的側面から全ての可能性を排除することまでを求めるものではなく、少なくとも、一般人及び一般的な事業者の能力、手法等を基準として当該情報を個人情報取扱事業者又は匿名加工情報取扱事業者が通常の方法により特定できないような状態にすることを求めるもの」とされている⁽³⁾。

また、「当該個人情報を復元することができないようにしたもの」(非復元性要件)とは、「通常の方法では、匿名加工情報から匿名加工情報の作成の元となった個人情報に含まれていた特定の個人を識別することとなる記述等又は個人識別符号の内容を特定すること等により、匿名加工情報を個人情報に戻すことができない状態にすること」を指し、非復元性要件は、「あらゆる手法によって復元することができないよう技術的側面から全ての可能性を排除することまでを求めるものではなく、少なくとも、一般人及び一般的な事業者の能力、手法等を基準として当該情報を個人情報取扱事業者又は匿名加工情報取扱事業者が通常の方法により復元できないような状態にすることを求めるもの」とされている⁽⁴⁾。

この匿名加工情報をめぐっては、以下の図のような法的規律が置かれている。

匿名加工情報の法的規律	
定義規定	「匿名加工情報」(法2条9項) 「匿名加工情報取扱事業者」(同10項)
匿名加工情報作成者の規律	①適正加工義務(作成の際に個人情報保護委員会規則の基準遵守。法36条1項) ②加工方法の情報漏えい防止のための安全管理措置(同2項) ③作成の際の情報項目の公表(同3項) ④第三者提供前の情報項目の公表等(同4項) ⑤照合禁止義務(同5項) ⑥安全管理措置等(同6項)
匿名加工情報取扱事業者の規律	①情報の項目等の公表等(法37条) ②照合禁止義務(法38条) ③安全管理措置等(努力義務。法39条)

2 匿名加工情報の作成基準・作成方法

「匿名加工情報」を作成するためには法36条1項の適正加工義務の遵守、すなわち、個人情報保護委員会規則で定める基準に基づくことが必要である。同項を受け個人情報の保護に関する法律施行規則（以下「規則」という。）19条1号～5号は匿名加工情報を作成方法に関する基準を定めている。

また、サービスや情報の特性に応じたさらに細かいルールとして、認定個人情報保護団体が作成する個人情報保護指針等の自主的ルールが作成できる（法53条1項参照）。そして、個人情報保護委員会も、各指針等の策定を促進し、また個別の事業者等が匿名加工情報を作成する際に参照できるように事務局レポートを公表している。

本事例は法36条1項・規則19条1号～5号を踏まえた事務局レポートで示されているビジネスモデルであるから、本件情報は法の「匿名加工情報」に該当するものであって、X社及びY社が義務違反の誹りを受けるものではないのではないかと、との疑問が生じる。もっとも、事務局レポートは「本ユースケースにおいて取扱いに気を付けるべき情報は、個人属性情報に含まれる車種情報や、履歴情報に含まれる位置情報（緯度、経度情報）の扱い」であると指摘した上で具体的な加工方法も示しているが、例えば個人属性情報に関して「具体的な車種名を削除して車両カテゴリーに一般化する等の加工を行うことが望ましい。」「車両識別番号は……全部削除することが望ましい。」とし、履歴情報に関しても位置情報や車速情報の加工方法について幅のある記載がなされている⁽⁵⁾。

(3) 個人情報保護委員会「個人情報の保護に関する法律についてのガイドライン（匿名加工情報編）」（平成28年11月、平成29年3月一部改正。以下「匿名加工情報編」という。）2-1、事務局レポート3.2.1。

(4) 匿名加工情報編2-1、事務局レポート3.2.2。

(5) 事務局レポート7.2.2。

そのため、事務局レポートを見ても一義的に匿名加工の程度が導けないおそれがあり、法 36 条 1 項・規則 19 条 1 号～5 号・事務局レポートに基づく匿名加工情報を作成しようと思ったが、法の定める「匿名加工情報」の加工の程度に達していなかったという状況が想定しうる。そして、誤って匿名加工情報に該当すると判断してしまった場合等、加工が不十分な場合には依然として個人情報としての法的規律を受ける⁽⁶⁾。

本事例の場合でも客観的に本件情報が非識別性・非復元性を有する「匿名加工情報」に該当するかどうかが問題になりうる。この点に関しては、一般人及び一般的な事業者の能力、手法等を基準に判断するため、インターネット上の一般ユーザーが SNS 等の公開情報に照らして識別・復元できたのであれば客観的には「匿名加工情報」に該当しないと判断される可能性がある。他方で、インターネット上の一般ユーザーであっても、特別なツール等の特別な技術を用いてデータ主体を特定したに過ぎない場合であれば、本件情報の「匿名加工情報」該当性は否定されないことになろう。

3 その他の免責法理の可能性？

事業者が誤って主観面では匿名加工情報を作成しようとしたが、客観的には匿名加工情報は作成されないと判断されたケースにおいて、事業者が行政法規違反を免れる法理が存在しないかについても検討しておく必要がある。

第一に、行政規制違反に関する故意又は過失がないとして各種行政処分を免責されないか、という問題がありうる。ここで行政法規違反については故意・過失を問題とせずには正できなければならない一方で、違反を理由とする営業停止命令・許可取消し、指示には制裁的な面があり、

(6) 日置巴美=板倉陽一郎『個人情報保護法のしくみ』(商事法務, 2017 年) 117 頁。

こうした場合には悪質性の程度を判定する必要があるから、違反者の故意・過失の程度が問題になると指摘する見解がある⁽⁷⁾。そこで、個人情報保護法の勧告・命令(法42条)等は行政法規違反の是正に向けられている場合が多いが、実際には事業者に対する制裁的機能を営んでいるとして免責を主張していくことも考えられる。ただし、実務上こうした主張が認められる可能性は低く、やはり客観的な行政法規適合性が主要な争点になると考えられる。

第二に、仮に(特別なツールを用いずに)事後的・結果的にインターネット上の一般ユーザーが事実として識別・復元できたとしても、「匿名加工情報」の識別性要件及び復元性要件を充足していると主張できる可能性がないかが問題になる。X社及びY社としては事務局レポートの枠内でビジネスを行っただけである、と反論したいであろう。そのため、X社及びY社を弁護する立場からは、例えば行政法学の知見を用いて事務局レポートを行政規則とみて、行政庁は行政処分を行うにあたって事務局レポートに自己拘束されるという行政規則の自己拘束論が妥当しないかを検討する必要がある(行政規則に自己拘束論類似の効果を認めたものとして、最判平成27年3月3日民集69巻2号143頁参照)。また、憲法学においても、山本龍彦教授は、改正個人情報保護法は「実体法というより、手続法あるいは権限分配の法」であるとの認識を示し、「これをもつばら実体法として捉えると、痛い目に合う。同法案において核心的な保護対象とされる『個人情報』とは何か、反対に、基本的に自由な利活用が可能となる『匿名加工情報』とは何か、違法との評価を受けうる第三者提供とは具体的にどのような行為をいうのか、といった問いの直接的な解答を同法案のなかに求めても、確実に徒労に終わる」とし、改正個人情報保護法はこうした問いに抽象的な解答を与えるものであるが、基

(7) 阿部泰隆『行政法再入門(上)〔第2版〕』(信山社、2016年)296-297頁。

本的には、その具体的な解答を、「誰が」「どのように」「決めるのかを決めている」と指摘している⁽⁸⁾。このような山本説によれば、匿名加工情報の非識別性・非復元性要件は抽象的な基準としては正当であるとしても、その具体的基準は法36条1項を媒介として個人情報保護委員会が制定した規則19条1号～5号やこれをさらに具体化する事務局レポートにより具体化されているものであって、個人情報保護委員会が適正な手続を踏んで事務局レポートの内容を「匿名加工情報」と決めた以上、これらを遵守している限り、事後的・結果的にインターネット上の一般ユーザーが事実として識別・復元できたとしても、法的には法2条9項の「匿名加工情報」に該当する、との解釈論が想定しうる（もっとも、このような見解によっても事務局レポートを遵守していたか否か、という問題は残る。）。

Ⅲ 設問1について

1 X社の個人情報保護法違反について

本件情報が法2条9項の非識別性要件及び非復元性要件を充足していない場合、本件情報は客観的には法2条9項の「匿名加工情報」ではなく、むしろ「個人情報」(法2条1項柱書)及び「個人データ」(法2条6項)⁽⁹⁾

(8) 山本龍彦「インターネット時代の個人情報保護：実効的な告知と国家の両義性を中心に」慶應法学33号218頁(2015年)。

(9) ①「個人情報」とは、生存する個人に関する情報であって、法2条1項各号のいずれかに該当するものをいい(法2条1項)、②「個人データ」とは、個人情報データベース等を構成する個人情報をいい、③保有個人データとは、個人情報取扱事業者が、開示、内容の訂正、追加又は削除、利用の停止、消去及び第三者への提供の停止を行うことのできる権限を有する個人データであって、その存否が明らかになることにより公益その他の利益が害されるものとして政令で定めるもの又は1年以内の政令で定める期間以内に消去することとなるもの以外のものをいう。個人情報保護法は①、②、③の類型に応じた行政規制を行っている。

に該当している疑いがある。

そうすると、X社は適正加工義務（法36条1項）違反とされるおそれがある。また、匿名加工情報は加工後に情報が非個人情報化されていることを前提として、利用目的の特定義務（法15条）、目的外利用の禁止義務（法16条）及び第三者提供禁止義務（法23条）の規制はかからず、本人同意を不要とする仕組みをとっている⁽¹⁰⁾。よって、匿名加工措置が失敗したにも拘わらず当該情報を第三者提供した場合、利用目的の特定義務（法15条）、目的外利用の禁止義務（法16条）及び第三者提供禁止義務（法23条）に違反する可能性が出てくる。

2 Y社の個人情報保護法違反について

匿名加工情報として提供を受けたものの、加工が不十分な情報であるために匿名加工情報に該当しないと判明した場合は速やかに当該情報を削除することが望ましいものとされている⁽¹¹⁾。そのため、Y社は、本件情報を受領した時点で加工が十分か不十分かを判断した上で、「匿名加工情報」でなければ本件情報を廃棄するべきであった。

本件情報が客観的には「匿名加工情報」ではなく「個人情報」及び「個人データ」であったとすれば、本件情報を社内で活用した場合には利用目的の特定義務（法15条）や目的外利用の禁止義務（法16条）違反になる可能性がある。

また、本件情報が「匿名加工情報」であれば安全管理措置等は努力義務にとどまるが（法39条）、「個人データ」であれば安全管理措置は義務である（法20条）。安全管理措置の内容は組織的安全管理措置、人的安全管理措置、物理的安全管理措置及び技術的安全管理措置が想定され

(10) 宇賀克也『個人情報保護法の逐条解説〔第5版〕』（有斐閣、2016年）231-232頁。

(11) 『『個人情報の保護に関する法律についてのガイドライン』及び『個人データの漏えい等の事案が発生した場合等の対応について』に関するQ&A』Q11-3。

る⁽¹²⁾。このうち技術的安全管理措置には「外部からの不正アクセス等の防止」が含まれ、「個人データを取り扱う情報システムを外部からの不正アクセス又は不正ソフトウェアから保護する仕組みを導入し、適切に運用しなければならない」とされている⁽¹³⁾。本問の場合、Y社の情報システムにはファイアウォールが敷かれていなかったため、(Y社の情報システムの保護の仕組み全体を評価する必要があるが)技術的安全管理措置義務(法20条)違反とされる可能性がある。

なお、容易照合性は個々の事業者ごとに相対的に決定されるという「個人識別性の相対性⁽¹⁴⁾」の問題が存在するため、X社との関係では「個人情報」や「個人データ」に該当したとしても、Y社との関係では「個人情報」や「個人データ」に該当しないという場合もありうる。もっとも、本事例の場合、インターネット上の一般ユーザーが、公開されているSNS等の情報との照合を行うだけでデータ主体を識別できてしまっているので、X社のみならずY社を基準としても「個人情報」や「個人データ」の該当性が認められてしまうかもしれない。

IV 設問2について

個人名を特定された被害者のAから個人情報保護委員会に何らかの行政措置をとって欲しいと依頼を受けた弁護士としては、次の手法を用いることが考えられる。

第一に、処分等の求めの制度(行政手続法36条の3第1項)を利用することが考えられる⁽¹⁵⁾。処分等の求めを用いた場合には、「当該行政庁又は行政機関は……必要な調査を行い、その結果に基づき必要があると認めると

(12) 個人情報保護委員会「個人情報の保護に関する法律についてのガイドライン(通則編)」(平成28年11月、平成29年3月一部改正。以下「通則編」という。)8-3～8-6。

(13) 通則編8-6(3)。

(14) 岡村久道『個人情報保護法〔第3版〕』(商事法務, 2017年)79頁。

きは、当該処分又は行政指導をしなければならない。」(同条3項)とされていることから、任意の情報提供と異なり⁽¹⁶⁾、行政調査を促せる可能性が高い。そこで、例えば、X社に対しては本件情報の削除及び第三者提供の停止を行う旨の勧告(法42条1項)、Y社に対しては本件情報の削除及びファイアーウォールの設置を含めた技術的安全管理措置の徹底を行う旨の勧告(法42条1項)を出すように申し出ることが考えられる⁽¹⁷⁾。また、同内容の緊急命令(法42条3項)を求めることも考えられる。

第二に、勧告(法42条1項)、勧告違反に対する命令(同条2項)又は緊急命令(同条3項)について義務付け訴訟(行政事件訴訟法3条6項)をすることも検討しなければならない。処分等の求めの制度は申出者に申請権を付与するものではなく、また勧告、勧告違反に対する命令又は緊急命令を求める申請権が付与されている者はいない。そのため、義務付け訴訟を提起するとすれば、申請型義務付け訴訟(同法3条6項2号)ではなく非申請型義務付け訴訟(同法3条6項1号)となる。もっとも、勧告は行政指導であって処分性がないものと解されているので⁽¹⁸⁾、非申請型義務付け訴訟(同法3条6項1号)を提起しても却下される可能性が高い⁽¹⁹⁾。

(15) 匿名加工情報の事案ではないものの、平成27年改正後の本稿執筆時点で、個人情報保護委員会に対して行政手続法36条の3第1項の処分等の求めがなされた結果、行政調査が実施され、一定の措置が採られた事案も確認されている。

(16) X社及びY社の個人情報保護法違反について任意の情報提供をすることが考えられるが、任意の情報提供は何らの拘束力もないので、情報提供を無視される可能性もある。

(17) 「当該違反行為の中止」というような不作為のみならず、ファイアーウォールの設置のような作為も「その他違反を是正するために必要な措置」(法42条1項)に含まれる。宇賀・前掲注(10)254-255頁。

(18) 園部逸夫編『個人情報保護法の解説(改訂版)』(ぎょうせい、2005年)202頁。

(19) 医療法勧告事件(最判平成17年10月25日判時1920号32頁)を援用して勧告に処分性を認めた上で非申請型義務付け訴訟を提起することも考えられないわけではないが、勧告に処分性を認めさせた上で、非申請型義務付け訴訟の各要件を充足させるのはハードルが高い。

勧告違反に対する命令には処分性はあるもの、命令の処分要件として「正当な理由がなくてその勧告に係る措置をとらなかった場合」(法 42 条 2 項)という要件が存在するため、勧告すら出ていない段階では非申請型義務付け訴訟の本案勝訴要件を充足させることは難しい。最後に処分性のある緊急命令(法 42 条 3 項)について非申請型義務付け訴訟を提起することが考えられる。緊急命令は勧告を経ないで出されるため「個人の重大な権利利益を害する事実があるため緊急に措置をとる必要があると認めるとき」という重い要件が課されており、法 42 条 3 項は「できる」という文言を用いて効果裁量性を認めているので、本案勝訴要件(行政事件訴訟法 37 条の 2 第 5 項)の充足には高いハードルがある(もちろん訴訟要件を充足させるのも簡単ではない)。

V 設問 3 について

1 行政調査について

個人情報保護委員会は、報告徴収、資料提出要求及び立入検査(法 40 条 1 項)の行政調査を実施することができる。また、消費者や関係者のヒアリング等の非法定の任意の行政調査が併せて行われることもある。

2 行政調査に対する法務対応について

報告徴収、資料提出要求及び立入検査の実効性は罰則(法 85 条 1 号。罰罰規定として法 87 条)で担保されており、これらの行政調査を拒絶すれば X 社は刑事罰のリスクを負うことになる。報告徴収、資料提出要求は報告や資料提出の義務を課す行為であるため処分性を有するので審査請求や抗告訴訟の対象となるが⁽²⁰⁾、X 社としては、行政調査に対して調査協力をしつつも、受け身の姿勢ではなく自ら主体的に事実関係の調査

(20) 宇賀・前掲注(10) 248-249 頁。

を行って調査報告書をまとめつつ、個人情報保護委員会との粘り強い交渉を重ね、勧告を避けるための最善の措置をとるのが通常であろう⁽²¹⁾。

3 訴訟対応

X社にしてみれば、事務局レポートのユースケースと同じビジネスモデルを展開しただけであり、いわば事後的に本件情報に関する適正加工の程度が足りないと言われている状況であるから、より強い交渉姿勢を示すことも考えられないわけではない。場合によっては、勧告の処分性を否定する実務を前提として勧告を受けない地位を確認する実質的当事者訴訟(行政事件訴訟法4条後段)⁽²²⁾を提起することも検討課題となる⁽²³⁾。

もっとも、実質的当事者訴訟の裁判中に勧告を出されてしまうおそれが高いので、仮の救済方法を検討しておく必要がある。実質的当事者訴訟については仮の差止め(同法37条の5第2項)等の仮の救済の準用がなされていない。それでは、民事保全法23条の2の仮の地位を定める仮処分の制度を用いて、勧告を受けない仮の地位等を定める仮処分の申立てが可能であろうか。行政事件訴訟法44条は「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」について民事保全法上の仮処分を排除しており、実質的当事者訴訟について同条が適用されるかが問題となろう。ここで「処分」に該当しない行政の行為に基づく法律関係・権利義務関係について当事者訴訟を利用する限り、仮処分は排除されないとする見解がある(橋本博之説)⁽²⁴⁾。他方で、東京高決平成24年7月25日判例時報2182

(21) 個人情報保護委員会の執行権限行使に対する企業対応のあり方については、大島義則ほか編『消費者行政法』(勁草書房、2016年)339-342頁〔辻畑泰喬執筆部分〕。

(22) 勧告を事前に差止めるための実質的当事者をどのように構成するかは難しい問題がある。例えば、本文に掲げた勧告を受けない地位の確認訴訟のほかにも、各種の公的義務違反の不存在確認訴訟等も想定できる。

(23) なお、勧告の処分性が肯定された場合に備えて、念のため勧告の差止訴訟(行政事件訴訟法3条7項)を提起しておくかも検討課題になるであろう。

号 49 頁は、同条の適用に関して、「行政庁に代わって裁判所が行政処分その他公権力の行使に当たる行為をすることになる仮処分、行政庁の権限行使を事前に抑止することになる仮処分、行政処分その他公権力の行使による効力や執行を直接又は実質的に停止することになる仮処分については、これらが禁止され、実質的当事者訴訟を本案とする仮処分についても、上記と同様の効果を求めるものであれば、同条の適用があると解される。これを本件についてみると、債権者らの本件申立ては、現在の法律関係の暫定的な確認を求めるものであるが、その実質において、厚生労働大臣の制定に係る改正省令の効力の停止を求める仮処分の申立てに帰着するものであって、上記と同様の効果を求めていることが明らかとすることができる」として同条を適用した。

橋本説や上記東京高裁決定を踏まえて勧告を受けない地位等の仮地位仮処分が認められるかを検討してみると、勧告は行政指導の法的性質を有するものとされているため、「処分」に該当しない行為の事前差止めをするに過ぎず、行政事件訴訟法 44 条の適用はないと考えることもできる。他方で、勧告を受けない地位を仮に確認すれば、勧告違反について処分性を有する命令を出すことを差止める結果になり、また仮地位仮処分の中で先決問題として公的義務違反の不存在が確認されれば当該義務違反を理由とする処分性を有する緊急命令が出せなくなる結果にもなる。このことから形式的には「処分」を対象とはしていないとしても、その実質に照らして同条を適用する見解も成立しうる。

VI 設問 4 について

勧告（法 42 条 1 項）を受けた場合、X 社は勧告に従わなければ命令（同 2 項）を受けてしまう地位に立たされる⁽²⁵⁾。この命令に違反した場合には「6

(24) 橋本博之『解説 改正行政事件訴訟法』（弘文堂、2004 年）86 頁。

月以下の懲役又は30万円以下の罰金に処する」とされている(法84条。両罰規定として法87条)。そのため、X社としては勧告に従うという選択をすることが考えられる。

他方で、X社として、勧告に従わないという選択をすることも考えられよう。この場合には、勧告に処分性がないことを前提にした場合には公法上の当事者訴訟(行政事件訴訟法4条後段)としての勧告違法確認訴訟や勧告に従う義務不存在の確認訴訟を提起しつつ、勧告違反を理由とした命令を事前に差止めるために命令の差止訴訟(同法3条7項)を提起することが考えられる。また、命令の差止訴訟の係属中に命令が出されることを防止するために、命令の仮の差止め(同法37条の5第2項)を申立てる必要があろう。命令の仮の差止めが認められない場合には、差止訴訟の係属中に命令が出されて、命令差止訴訟の訴えの利益が失われてしまうので、この場合には命令の処分取消訴訟(同法3条2項)に訴えの変更をした上で、(命令日から命令の効力発生の間在一定期間が設けられるなどの時間的余裕があれば)直ちに執行停止の申立て(同法25条1項)をすることになる。

(25) 勧告に従わない場合に氏名、名称等を公表することは行政手続法32条2項の「不利益な取扱い」になり違法と解する余地もあるが、法8条に基づく措置として氏名・名称が公表される可能性もあり(宇賀・前掲(10)255頁)、公表措置に対する事前・事後の法務対応も検討する必要があるが、事例では明示的に公表措置を問題にしていないので、この点の検討は割愛する。